Der Tatbestand des § 389 HGB.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristenfakultät der Universität Rostock in Mecklenburg

vorgelegt von

Wilhelm Cuwie

Rechtsanwalt in Lübeck.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1911.

Referent: Professor Dr. Wüstendörfer

Meinen lieben Eltern.

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

Archiv für bürgerliches Recht. (zit.: Seuffert.)

Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrechts. (zit.: Busch.)

Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Bürgerliches Gesetzbuch. Herausgegeben von RG.-Räten.

Breit, Das Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs. 1899.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 7. Aufl. 1909/10.

Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs und eines Einführungsgesetzes in der Fassung der dem Reichstag gemachten Vorlage, auch abgedruckt in Hahn-Mugdan, Materialien zu den Reichsjustizgesetzen Bd. 6. 1897.

Deutsche Juristenzeitung.

Düringer-Hachenburg, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. 1 2. Aufl. 1908, Bd. 2, 3 1. Aufl. 1901, 1905.

Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für das Königreich Württemberg, bearbeitet von Hofacker, nebst Motiven. 1839/40.

Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die preußischen Staaten. Motive. 1859.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.

Gareis, Kommentar zum Handelsgesetzbuch.

Gareis, Das deutsche Handelsrecht. 1909.

Gierke, Das Handelsrecht. In v. Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie Bd. 1 6. Aufl. S. 889 ff.

Goldmann, Kommentar zum Handelsgesetzbuch.

Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts. 2. Aufl. 1874—1883.

Grünhut, Das Recht des Kommissionshandels. Wien 1879.

v. Hahn, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. 1./2. Aufl. 1867 bezw. 1875.

Holdheims Wochenschrift (Monatsschrift) für Handelsrecht und Bankwesen.

Juristische Wochenschrift.

Juristische Zeitschrift des Reichslandes Elsaß-Lothringen.

Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts. 1907.

Lehmann-Ring, Kommentar zum Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. 1901/02.

Lepa, Die Lehre vom Selbsteintritte des Kommissionärs. 1883.

Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar. 13. Aufl. 1910.

Mugdan-Falkmann, Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.

Protokolle der **Kommission** zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs. (zit.: Lutz.) 1858—1863.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. 3. Aufl. 1903—1908.

Puchelt-Förtsch, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 4. Aufl. 1894.

Recht, Das. Rundschau für den deutschen Juristenstand.

Ritter, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 1910.

Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß.

Schaps, Das Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs. 1884.

Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.

Sohm, Der Selbsthilfeverkauf nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Handelsgesetzbuch. In der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 53 S. 79 ff.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch.

Thoel, Das Handelsrecht. Bd. 1. 6. Aufl. 1879.

Verhandlungen über die Entwürfe eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs und eines Einführungsgesetzes zu demselben in beiden Häusern des Landtages im Jahre 1861. Berlin 1861.

Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, begründet von L. Goldschmidt.

§ 1.

Einleitung.

Der Gegenstand dieser Untersuchung (§ 389 HGB.) lautet:

> „Unterläßt der Kommittent, über das Gut zu verfügen, obwohl er dazu nach Lage der Sache verpflichtet ist, so hat der Kommissionär die nach § 373 dem Verkäufer zustehenden Rechte".

Es interessieren hier nun nicht die Rechtsfolgen, sondern nur die Voraussetzungen dieses Paragraphen, insbesondere der Begriff des „Unterlassens einer Verfügung". Es erhebt sich die Frage, wie dieser Begriff sich zu den verwandten Begriffen des Annahmeverzuges und des Abnahmeverzuges verhält, ob er als weiterer Begriff einen von ihnen oder gar beide mitumfaßt, oder ob er mit ihnen gar nichts zu tun hat. Sollte er nämlich, wie fast durchweg die neueren Kommentare lehren, auch den Begriff des Annahmeverzuges in sich enthalten, so würde dem § 389 eine sehr weitgehende Bedeutung innewohnen. Denn er würde in Konkurrenz treten zu den Vorschriften über das Pfandrecht des Kommissionärs. Annahmeverzug liegt nämlich auch dann vor (§ 298 BGB.), wenn der Gläubiger die angebotene

Leistung zwar entgegenzunehmen bereit ist, aber nicht zugleich seinerseits die verlangte Gegenleistung anbietet. Der Verkauf nach §§ 389, 373 HGB. weicht aber in manchen Beziehungen von einem Pfandverkauf ab; im allgemeinen läßt sich sagen, daß bei ihm die Förmlichkeiten leichter sind; für die Praxis ist hauptsächlich das eine Moment von Bedeutung, daß während beim Pfandverkauf nach § 1234 Abs. 2 BGB., § 368 HGB. eine Respektfrist von einem Monat bezw. einer Woche zu beobachten ist, bei einem Verkauf nach §§ 389, 373 HGB. die Innehaltung einer solchen Frist nicht nötig ist. Wollte man also den neueren Kommentaren folgen, so würde in den meisten Fällen der Kommissionär an die Beobachtung der pfandrechtlichen Vorschriften nicht gebunden sein, und es würde für das Verhältnis zwischen Kommissionär und Kommittenten ohne Einschränkung dasselbe gelten, was für das Verhältnis zwischen Verkäufer und Käufer im § 373 HGB. bestimmt ist.

Aufgabe der vorliegenden Arbeit ist es daher, darzutun, welchen Umfang der Tatbestand des § 389 in Wirklichkeit hat. Eine Grundlage hierfür bieten die Entstehungsgeschichte des Paragraphen und die frühere Rechtsprechung.

§ 2.

Entstehungsgeschichte des § 389 HGB.

Im alten Handelsgesetzbuch bildete der jetzige § 389 den Abs. 2 des Art. 366. Der ganze Art. 366 lautete:

„Treten Veränderungen an dem Gute ein, welche dessen Entwertung befürchten lassen, und ist keine Zeit vorhanden, die Verfügung des Kommittenten einzuholen, oder ist der Kommittent in der Erteilung der Verfügung säumig, so kann der Kommissionär unter Beobachtung der Bestimmungen des Art. 343 den Verkauf des Gutes veranlassen.

Ein gleiches Recht hat der Kommissionär in allen anderen Fällen, in welchen der Kommittent, obwohl hierzu nach Lage der Sache verpflichtet, über das Gut zu verfügen unterläßt".

Das Gesetz v. 10. 5. 1897 beschränkte sich darauf, zu Abs. 2 dem Kommissionär auch das Recht zur Hinterlegung des Gutes einzuräumen und diesen Absatz unter Loslösung von Abs. 1 zu einem selbständigen Paragraphen zu machen. Bezüglich des Tatbestandes blieb es also beim alten; die Denkschrift[1]) enthält deshalb auch nichts über ihn.[2]) Bei den weiteren Beratungen wurde über

---

[1]) Denkschrift S. 235, bei Hahn, Mat. Bd. 6 S. 385.

[2]) Bei der Besprechung der pfandrechtlichen Vorschriften enthält zwar die Denkschrift (S. 240; Hahn S. 389/90) folgenden Satz: „Neben dem Rechte, für seinen Anspruch auf Erfüllung und auf Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung aus dem Kommissionsgute wie aus einem Pfande Befriedigung zu suchen, stehen dem Kommissionär nach dem Entwurfe im Falle eines Erfüllungsverzuges des Kommittenten weitere Rechte nicht zu", aber hier wird nur von den Folgen des Erfüllungsverzuges gesprochen, und wie der Zusammenhang ergibt, zielt dieser Satz nur darauf hin, die Anwendbarkeit des § 326 BGB. auf das Kommissionsverhältnis abzulehnen.

§ 389 kein Wort verloren; er wurde in der Form des Entwurfes Gesetz. Es ist deshalb erforderlich, auf die Entstehungsgeschichte des alten Handelsgesetzbuches zurückzugreifen.

Im alten deutschen Handelsrecht läßt sich der Rechtsgedanke des § 389 HGB. zurückverfolgen bis zu dem Hofackerschen Entwurfe eines Handelsgesetzbuches für Württemberg vom Jahre 1839. Damals gehörte zum Begriff des Kommissionsvertrages noch das Moment der distantia loci: der Kommissionär mußte seine Niederlassung an einem andern Orte haben als der Kommittent. Der Entwurf enthielt nun im unmittelbaren Anschluß an die Bestimmung, daß der Kommissionär auch im Falle der Ablehnung des Kommissionsauftrages für das ihm zugesandte Gut zu sorgen habe, bis der Kommittent anderweitig verfügt habe,[3]) in Art. 136 Abs. 2 folgende Vorschrift:

> „Bleibt diese Verfügung länger aus, als nach der Entfernung des Aufenthaltsortes des Kommittenten erforderlich erscheint, so kann der Kommissionär das Handelsgericht um die Übernahme des zugesandten Gutes und um den teilweisen Verkauf bis zur Deckung seiner Ansprüche angehen“.[4])

In Art. 154 fand sich die dem jetzigen Abs. 2 von § 388 entsprechende Vorschrift:

---

[3]) Im heutigen HGB. in § 362 Abs. 2 verallgemeinert.

[4]) Diese Vorschrift war dem spanischen Recht entlehnt; vgl. die Hofackerschen Mot. 1840 S. 134.

„Treten Veränderungen an dem anvertrauten Gute ein, so daß die Veräußerung zur Begegnung der Entwertung nötig wird, und reicht die Zeit nicht zur Einholung der Verordnung des Kommittenten, so hat der Kommissionär das Handelsgericht um die Anordnung des Verkaufes anzugehen“.

Diese Vorschriften wurden von hier aus in einige der späteren Entwürfe eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches übernommen, zwar nicht in den vom Reichsjustizministerium ausgearbeiteten und im Jahre 1849 veröffentlichten, wohl aber in den österreichisch-ministeriellen,[5]) den österreichisch-revidierten[6]) und in den preuß.[7]) Entwurf.

Was insbesondere diesen letzten preuß. Entwurf angeht, welcher um deswillen der bedeutsamste ist, weil er später den Nürnberger Beratungen zugrunde gelegt wurde, so brachte er bereits die grundlegende Erweiterung des hier interessierenden Rechtsgedankens. Während Hofacker nur den Fall im Auge hatte, daß der Kommissionär den Auftrag ablehnt, es zu einem Kommissionsverhältnis also eigentlich nicht kommt und deshalb nur die Zurücknahme des anvertrauten Gutes in Frage steht, dehnte der preuß. Entwurf die Vorschrift auf alle Fälle aus, in denen der Kommittent unterläßt, über das anvertraute oder angekaufte Gut zu verfügen, obwohl er

---

[5]) Art. 135.

[6]) Art. 136.

[7]) Art. 281.

hierzu verpflichtet ist; zugleich wurde gesetzestechnisch die Vorschrift von dem Zusammenhange mit dem Falle einer Ablehnung des Kommissionsauftrages losgelöst und dem Hofackerschen Art. 154 als Abs. 2 angefügt. So entstand folgender Art. 281:

„Treten Veränderungen an dem Gute ein, welche dessen Entwertung befürchten lassen, und ist keine Zeit vorhanden, die Verfügung des Kommittenten einzuholen, oder ist der Kommittent in der Erteilung der Verfügung säumig, so kann der Vorsitzende des Handelsgerichts auf den Antrag des Kommissionärs den öffentlichen Verkauf des Gutes verordnen.

Ein gleiches Verfahren findet auf den Antrag des Kommissionärs in allen anderen Fällen statt, in welchen der Kommittent über die anvertrauten oder angekauften Gegenstände zu verfügen unterläßt, obwohl er hierzu nach Lage der Sache verpflichtet ist“.

Den Anlaß zu dieser Verbindung der beiden Rechtssätze, einer Verbindung, die, wie schon gesagt, durch die Novelle von 1897 wieder aufgehoben wurde, bot neben der Gleichheit der Rechtswirkungen offensichtlich nur der Umstand, daß auch im ersten Satz an das Ausbleiben von Dispositionen seitens des Kommittenten für den Kommissionär Rechte geknüpft waren. Es ist jedoch von Wert, schon an dieser Stelle die tiefgehende innere Verschiedenheit zwischen beiden Rechtsgedanken zu betonen.

Während der Abs. 1 dem Kommissionär ein Recht gewährte, damit er im Interesse des Kommittenten tätig sein könne, gab ihm der Abs. 2 dasselbe Recht zu dem Zwecke, damit er in seinem eigenen Interesse sich das Gut vom Halse schaffen könne. Der Abs. 1 hatte seinen Ursprung in der dem Kommissionär obliegenden Fürsorge für die Interessen des Kommittenten und hatte deshalb die Tendenz, die Vornahme dieses Verkaufs unter Umständen zu einer, wenigstens moralischen, Pflicht zu machen. Die Vorschrift war eine Direktive, die ins Gebiet der Geschäftsführung ohne Auftrag gehörte; sie würde nach dem System des Bürgerlichen Gesetzbuches zu dessen § 679 passen: ein entgegenstehender Wille des Geschäftsherrn kommt nicht in Betracht, wenn entweder aus Mangel an Zeit seine Erklärung nicht mehr eingeholt werden kann oder die Erklärung nicht prompt erfolgt. Der Abs. 2 dagegen würde nach dem System des Bürgerlichen Gesetzbuches zu der privilegierten Selbsthilfe gehören: der Kommissionär kann sich des Gutes entschlagen, wenn er nur die Form des Verkaufs beobachtet.

Die Motive des preuß. Entwurfes [8]) enthalten nur Quellenangaben zum Abs. 1 und äußern sich gar nicht zu den tiefgehenden Neuerungen des zweiten; sie geben weder eine Begründung der beiden Absätze, noch enthalten sie auch nur einen Hinweis auf ihre grundsätzliche Verschiedenheit. Aber um so mehr wurde

---

[8]) Mot. S. 151.

der Gegensatz bei den Nürnberger Verhandlungen betont; während man den ersten Absatz im Zusammenhang der Reihenfolge erledigte, besprach man den zweiten im Zusammenhang mit den Vorschriften über das Pfandrecht des Kommissionärs.[9]) Diese Pfandrechtsvorschriften[10]) waren schon damals im wesentlichen dieselben wie heute; insbesondere sollte schon damals der Kommissionär nicht mehr genötigt sein, sich erst im streitigen Verfahren ein Urteil zu verschaffen oder, wie nach gemeinem Recht, erst volle zwei Jahre nach der denuntiatio, der Androhung des Verkaufs, zu warten; nur sollte der Kommissionär gehalten sein, vor der Ausführung des Pfandverkaufs sich durch einen Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Ermächtigung dazu einzuholen. Der Hinblick auf diese neuen pfandrechtlichen Vorschriften war es, der bei mehreren Abgeordneten den Abs. 2 des Art. 281 als überflüssig erscheinen ließ. Da die damaligen Verhandlungen für die hier aufgeworfene Frage von ganz besonderem Interesse sind, soll der darauf bezügliche Teil der Protokolle wörtlich wiedergegeben werden; es heißt da[11]):

„In der heutigen Konferenz wurde der Abs. 2 des Art. 281 in Beratung genommen und von mehreren Seiten dessen Streichung befürwortet. Es wurde nämlich geltend gemacht, der Art. 281

[9]) Prot. S. 695.

[10]) Art. 293, 294; im Gesetz Art. 374, 375, heute §§ 397, 398.

[11]) S. 749—751.

hebe zwei besondere Fälle eines Verzugs des Kommittenten hervor, während der Art. 293 allgemeine Vorschriften über den Fall eines Verzugs desselben enthalte. Es sei nun wohl angemessen, für die besonderen Fälle gelten zu lassen, was für den Verzug im allgemeinen bestimmt sei; eine besondere Hervorhebung des im Abs. 2 erwähnten Falles erscheine aber als ganz unnötig, weil schon durch die Bestimmungen des Art. 293 zur Genüge vorgesorgt worden, sofern nur wirklich, wie ja auch der Art. 281 voraussetze, eine Verpflichtung des Kommittenten zur Verfügung über die Ware bestehe und er mit der Erfüllung derselben säumig sei. Jedenfalls werde schon durch den Art. 293 für diejenigen Fälle Vorsehung getroffen, in welchen der Kommittent mit dem Empfange angekaufter Waren säumig sei, und es müsse für sehr zweifelhaft erachtet werden, ob man die in Frage stehende Bestimmung ohne Gefahr auch für anvertraute Waren gelten lassen könne. Bezüglich solcher Waren solle man es vielmehr auf ein kontradiktorisches Verfahren ankommen lassen, sofern der Kommissionär nicht etwa wegen Aufbewahrung und Lagerung der Ware usw. Forderungen gegen den Kommittenten habe und in der Absicht, sich hierfür bezahlt zu machen, von der Befugnis Gebrauch machen wolle, die ihm in Art. 292 u. 293 eingeräumt sei.

Gegen diesen Antrag wurde aber eingewendet,

der Abs. 2 des Art. 281 sei keineswegs mit den Fällen des Art. 293 identisch, sondern habe am meisten Ähnlichkeit mit demjenigen Falle, für welchen der nunmehrige Abs. 2 des Art. 260 beschlossen worden sei. Es handle sich nämlich lediglich darum, daß der Kommittent den Kommissionär entlaste, daß er ihm die Ware abnehme, und somit sowohl um den Fall, in welchem der Kommissionär die Ware des Kommittenten vor Ausführung der Kommission, die er vielleicht nicht annehmen wollte oder nicht ausführen konnte, schon in Besitz bekommen habe, als um den Fall, in welchem der Kommittent die angekauften Waren nicht abnehme, obschon der Kommissionär für alle seine Ansprüche bereits gedeckt sei. Während es sich im Art. 293 um eine Befriedigung des Kommissionärs handle, stehe eine solche hier nicht in Frage, hier handle es sich nur darum, daß der Kommissionär seine Ware los sein wolle, von der er nicht wisse, was er damit anfangen solle. Das Verfahren des Art. 281 Abs. 2 könne unter Umständen auch im Interesse des Kommittenten geboten sein, im Art. 293 handle es sich dagegen nur um das Interesse des Kommissionärs. Man könne nun nicht einwenden, daß in solchen Fällen kein Grund vorhanden sei, dem Kommissionär ein Recht der Veräußerung der Waren einzuräumen, da er sie ja recht wohl bei sich lagern lassen könne, bis der Kommittent endlich doch ver-

fügen würde, oder bis er für die Lagerung derselben eine Forderung habe und dann vielleicht zu seiner Befriedigung zum Verkaufe genötigt sei, denn der Kommissionär könne ein Interesse haben, endlich einmal loszukommen, z. B. wenn er die Lagerräume dringend zu anderen Geschäften verwenden, den Platz, auf dem die Waren lagern, bebauen wolle usw. Von einem Herrn Abgeordneten wurde deshalb beantragt, den Abs. 2 beizubehalten und nur in einem Zusatze zu sagen, daß hier ebenso zu verfahren sei wie in Abs. 2 des Art. 260.

Nachdem hiergegen erinnert worden war, daß die Redaktion des Absatzes jedenfalls eine Änderung erleiden müsse, wenn sie den oben dargelegten Sinn haben solle..., wurde auf den Antrag eines Mitgliedes ... beschlossen, die Umarbeitung des fraglichen Absatzes nach Maßgabe der zu Art. 260, 264 und 293 gefaßten Beschlüsse an die Redaktionskommission zu verweisen, der Antrag auf dessen Streichung aber wurde mit 15 gegen 2 Stimmen abgelehnt".

Die Redaktionskommission gab dem Abs. 2 folgende Fassung (Art. 309 Abs. 2):

„Ein gleiches Recht hat der Kommissionär in allen anderen Fällen, in welchen der Kommittent über die anvertrauten oder angekauften Gegenstände zu verfügen unterläßt, obwohl er hierzu nach Lage der Sache verpflichtet ist".

Die Redaktoren unterließen es also, den Begriff des

Unterlassens einer Verfügung genauer zu präzisieren. Dies ist aber nur dadurch zu erklären, daß sie glaubten, der Wille der Mehrheit sei doch schon mit hinreichender Klarheit zum Ausdruck gekommen; denn zu sachlichen Änderungen waren sie ja nicht befugt.

In den späteren Lesungen kam man nicht wieder auf diese Frage zurück; offenbar war auch die Kommission der Auffassung, daß der Wortlaut den gewollten Sinn richtig wiedergebe. Nur wurde dieser Wortlaut ohne sachliche Änderung dahin verkürzt:

> „Ein gleiches Recht hat der Kommissionär in allen anderen Fällen, in welchen der Kommittent, obwohl hierzu nach Lage der Sache verpflichtet, über das Gut zu verfügen unterläßt".

Diese letzte Formulierung wurde dann Gesetz, erst der Einzelstaaten, dann des Norddeutschen Bundes, schließlich des Deutschen Reiches.

§ 3.

Ergebnisse dieser Entstehungsgeschichte.

Aus dem allen, insbesondere aus den Nürnberger Verhandlungen erster Lesung folgt, daß die Urheber des § 389 HGB. ausgesprochenermaßen die Auffassung hatten, diese Vorschrift solle nur anwendbar sein auf den Fall, daß der Kommissionär wegen aller seiner Ansprüche bereits befriedigt sei und es sich für ihn nur darum handle, das Gut los zu werden, von dem er nicht wisse, was er

damit anfangen solle. Es sollte also lediglich die tatsächliche Besitzentäußerung seitens des Kommissionärs in Frage stehen, und der Rechtsgedanke ging dahin, daß wenn der Kommittent dem Kommissionär nicht pflichtschuldig den Besitz abnehme, der Kommissionär sich des Besitzes durch Verkauf entäußern könne. Für eine solche Auffassung ist nun der heutige Begriff des Annahmeverzuges unverwertbar. Die starke Betonung des Momentes, daß es sich ausschließlich um die Besitzentäußerung solle handeln dürfen, verbietet jede Verquickung mit sonstigen Umständen. Der Annahmeverzug würde aber eine solche Verquickung in mehr als einer Beziehung herbeiführen. Annahme ist zunächst nur eine solche Entgegennahme, welche die Erklärung enthält, daß man die Leistung als eine der Hauptsache nach dem Vertrage entsprechende Erfüllung entgegennehmen wolle;[1]) der Gläubiger ist deshalb schon dann im Annahmeverzug, wenn er die Leistung zwar entgegennimmt, aber zu Unrecht ihre Vertragsgemäßheit bestreitet. Es bedarf keiner Worte, um darzutun, daß für einen solchen Fall § 389 HGB. nicht anwendbar sein sollte; der Kommittent ist ja bereit, den Kommissionär vom Besitz zu entlasten. Ferner liegt, wie schon in der Einleitung bemerkt, nach § 298 BGB. Annahmeverzug auch dann vor, wenn der Gläubiger zwar die Leistung entgegenzunehmen, nicht aber gleichzeitig die ihm Zug um Zug obliegende Gegen-

---

[1]) RG. Bd. 43 S. 46; JurW. 1902 S. 425; Seufferts Arch. Bd. 43 Nr. 138; Bolze Bd. 5 S. 207.

leistung zu bewirken bereit ist. Auch wenn man davon absieht, daß die Nürnberger Kommission der Auffassung war, der Kommissionär dürfe keinerlei Gegenforderungen mehr haben, und wenn man unterstellt, daß die Existenz von Gegenforderungen zulässig ist, sollte ein solcher Annahmeverzug doch nicht geeignet sein, die Anwendbarkeit von § 389 HGB. zu begründen, und zwar wiederum um deswillen, weil der Kommittent immerhin bereit ist, dem Kommissionär Besitz und Obhut über das Gut abzunehmen. Schließlich liegt nach § 299 BGB. Annahmeverzug ausnahmsweise dann nicht vor, wenn im Falle, daß die Leistungszeit nicht bestimmt oder der Schuldner zu einer vorzeitigen Leistung berechtigt ist, der Gläubiger vorübergehend an der Annahme verhindert ist; auch hier ist ohne weiteres klar, daß derartige Momente für § 389 HGB. unbeachtlich sein sollten.

Andererseits ist daraus, daß der Kommissionär lediglich vom Besitz entlastet werden sollte, in positiver Richtung zu folgern, daß man damals die heutzutage als Abnahmepflicht bezeichnete Verpflichtung im Auge hatte, d. h. die bloße Pflicht der körperlichen Übernahme in die eigene Verfügungsgewalt.[2]) Diesen Sinn sollte die Vorschrift haben wenigstens in denjenigen Fällen, in denen das Gut dem Kommittenten zur Abnahme tatsächlich angeboten wird.

---

[2]) RG. Bd. 53 S. 162, Bd. 56 S. 175, Bd. 57 S 109; Holdheim 1905 S. 80.

Nun erfolgt aber im Handelsverkehr diese Übergabe häufig nicht an den Kommittenten selber, sondern auf Grund besonderer Anweisung desselben unmittelbar an einen Dritten, oder es geschieht die Zusendung an den Kommittenten bezw. an den Dritten häufig erst nach einer besonderen Anordnung des Kommittenten über die Art des Transportes; sehr oft liegt dabei die Sache so, daß der Kommissionär, soll er überhaupt zweckmäßig verfahren, auf eine solche, der eigentlichen Abnahme vorhergehende Anordnung des Kommittenten angewiesen ist. Auf diese im Handelsverkehr vorherrschenden Fälle wurde nun die Vorschrift des Art. 366 Abs. 2 hauptsächlich zugeschnitten; in allen den Fällen, in welchen nach den Anschauungen des Handelsverkehrs der Kommissionär eine solche besondere Anweisung erwarten kann, sollten die Rechtsfolgen dieses Artikels schon an das Ausbleiben dieser Anweisung geknüpft sein. Dies ist der gewollte Sinn der Worte: „Unterläßt der Kommittent, über das Gut zu verfügen, obwohl er dazu nach Lage der Sache verpflichtet ist“.

Dabei mag dahingestellt bleiben, ob die Erteilung der Anweisung eine Verpflichtung des Kommittenten sein sollte in dem Sinne, daß auf die Erteilung der Anweisung Klage erhoben werden könne nach Art der Klage, die im Handelsrecht beim Spezifikationskauf (§ 375 HGB.) auf Erteilung der Spezifikation gerichtet ist; denn der Wortlaut des Gesetzes, daß der Kommittent „nach Lage der Sache“ zur Verfügung verpflichtet sein müsse,

läßt erkennen, daß auch diejenigen Fälle gemeint sein sollten, bei denen nur eine Handelsüblichkeit gegeben ist.

Soweit man der Verpflichtung zur Anweisung die Klagbarkeit zuschreiben will, ist dies in der Weise möglich, daß man diese Verpflichtung aus der Abnahmepflicht herleitet. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat mit vollem Recht den Abnahmeverzug als einen S c h u l d n e r verzug konstruiert; es ist deshalb zulässig, aus dieser Pflicht weitere schuldnerische Verpflichtungen abzuleiten.

An diesem Begriffe der Verfügung als einer Anweisung über die Art der Ablieferung des Gutes zeigt sich wiederum die fundamentale Verschiedenheit zwischen dem ersten und dem zweiten Absatze des Art. 366. Während bei jenem es sich immer nur um Anweisungen betreffs der Fortsetzung der Behandlung des Gutes durch den Kommissionär, also um dessen Verhalten während des Fortbestehens des Kommissionsverhältnisses handeln sollte, sollte im Abs. 2 das Wort „Verfügung" gerade nur den Sinn der endlichen Beendigung der Obhut haben, sei es, daß der Kommissionsvertrag wegen Ablehnung des Auftrags durch den Kommissionär gar nicht zustande kommt und der Kommissionär die ihm im voraus zugesandte Ware wieder los sein will, sei es, daß sich die gleiche Situation infolge einer Kündigung oder eines Widerrufes bildet, sei es endlich, daß die Auslieferung des Gutes der normalen Abwicklung des Geschäftes, besonders im Falle der Kommission auf Einkauf, dienen soll.

Nur ist zu beachten, daß die Rechtsfolgen eintreten sollten in jedem Fall des bloßen Unterlassens der Verfügung; es wurde kein Verschulden des Kommittenten verlangt; es sollte also nach der heutigen Terminologie, kein Verzug erforderlich sein.

Nun fragt sich noch, ob diese Auffassung der Nürnberger Kommission im Gesetzestext auch hinreichenden Ausdruck gefunden hat. Für die Auffassung, daß der Kommissionär wegen aller seiner Ansprüche bereits befriedigt sein müsse, gibt das Gesetz keinen Anhalt, und es ist meines Erachtens deshalb nach allgemeinen Interpretationsgrundsätzen dahin zu entscheiden, daß die Rechtsfolgen des Art. 366 Abs. 2 ohne Rücksicht auf die sonstige Rechtslage, insbesondere ohne Rücksicht auf das Vorhandensein von Gegenforderungen des Kommissionärs, allein an das Ausbleiben der Verfügung des Kommittenten geknüpft werden.[3])

Was jedoch die Hauptfrage anlangt, ob nur Abnahme und nicht auch Annahme in Betracht komme, so ist m. E. das eine nicht zweifelhaft, daß der Gesetzestext der Auffassung der Kommission nicht widerspricht. Mehr läßt sich aber nicht sagen, insbesondere läßt sich die Unanwendbarkeit des Begriffes des Annahmeverzugs aus dem Gesetzestext nicht zweifelsfrei nachweisen. Die Sache ist also, wenn man lediglich den Gesetzestext vornimmt,

---

[3]) Ebenso schon v. Hahn, HGB. 2. Aufl. S. 460 § 4 zu Art. 366 Abs. 2.

zweifelhaft. Aber die Tatsache dieser Zweifelhaftigkeit läßt es m. E. als berechtigt erscheinen, die Entstehungsgeschichte heranzuziehen und, da sich aus dieser ein klarer Sinn ableiten läßt, diese ursprüngliche Auffassung zu übernehmen.

§ 4.

Die Judikatur zu Art. 366 Abs. 2 HGB.

Das Hauptargument für meine Auffassung erblicke ich jedoch in der bisherigen Gerichtspraxis. Zwar ist die fragliche Vorschrift geradezu auffallend selten zitiert, und es ist niemals geschehen, daß die von mir bekämpfte Meinung unter ausdrücklicher Bezugnahme auf Art. 366 Abs. 2 abgelehnt ist. Trotzdem läßt sich mit hinreichender Sicherheit feststellen, daß in den ersten Jahrzehnten die Judikatur die fragliche Vorschrift im Sinne der Nürnberger Protokolle auslegte.

Ebenso wie seit dem Jahre 1900 der Pfandverkauf vom Selbsthilfeverkauf des § 373 HGB. sich hauptsächlich dadurch unterscheidet, daß bei jenem die einmonatige bezw. einwöchige Respektfrist des § 1234 Abs. 2 BGB., § 368 HGB. zu beobachten ist, so hatte in ganz analoger Weise im früheren Rechte der Pfandverkauf die Besonderheit, daß er einer im Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit einzuholenden gerichtlichen Ermächtigung bedurfte.[1]) In den 60 er und 70 er Jahren des vorigen Jahrhunderts kam es

---

[1]) Art. 375, 310 HGB.

nun mehrfach zu Prozessen in Fällen, in denen der Kommissionär, der den Kommittenten vergeblich zur Abnahme Zug um Zug gegen Zahlung aufgefordert hatte, zum Zweck seiner Befriedigung das Gut verkauft hatte, ohne diese Ermächtigung eingeholt zu haben. Stets aber stellten sich die Gerichte auf den Standpunkt, daß ein solcher Verkauf rechtswidrig sei.

So äußerte sich das Oberappellationsgericht Stuttgart in einer Entscheidung aus dem Jahre 1866 in bezug auf ein durch Selbsteintritt modifiziertes Kommissionsgeschäft wie folgt[2]:

> „Ist endlich der Kommittent in Abnahme der Papiere und Bezahlung des Kaufschillings dafür säumig und will der Kommissionär von seinem Rechte, die Papiere zu verkaufen, Gebrauch machen, so ist er, eben weil das Kommissionsgeschäft in ein Propergeschäft übergegangen ist, nicht verpflichtet, nach HGB. Art. 375 und 310 das Gericht um Vornahme des Verkaufes anzugehen, sondern berechtigt, sie nach Art. 354 und 343 ohne weiteres verkaufen zu lassen".

Also nur, weil es ein Propergeschäft geworden war, hatte der Kommissionär den Verkauf in der Form des Art. 343 vornehmen dürfen; daraus folgt, daß dies nach der Auffassung des Gerichtes ohnedem unzulässig gewesen sein würde.

---

[2]) ZHR. Bd. 19 S. 555.

Auch das Reichsoberhandelsgericht vertrat in wiederholten Entscheidungen[3]) den gleichen Standpunkt, und zwar mit ganz besonderer Klarheit in der Entscheidung Bd. 16 S. 118. Hier lag der Fall eines Selbsteintritts nicht vor. Würde nach damaliger Auffassung Art. 366 Abs. 2 auch den Annahmeverzug umfaßt haben, so hätte deshalb der Fall auf die Anwendbarkeit dieser Vorschrift untersucht werden müssen; aber dies geschah nicht; die Vorschrift wurde gar nicht erwähnt; dagegen wurde ausdrücklich ausgesprochen, daß wenn der Kommissionär sich aus dem Gute befriedigen wolle, er nur auf die pfandrechtlichen Vorschriften und deren Beobachtung angewiesen sei.

Es verdient betont zu werden, daß hiernach offenbar auch der Kommissionär sich niemals auf Art. 366 Abs. 2 berufen hat, denn dann hätte doch, besonders bei den Revisionsverhandlungen des Reichsoberhandelsgerichts, diese Auffassung ausdrücklich zurückgewiesen werden müssen; vielmehr versuchte der Kommissionär immer, sein Verhalten aus einer analogen Anwendung der Vorschriften über den Kauf, insbesondere des Art. 343 (heute § 373) zu rechtfertigen.

Durch die fortgesetzte Gleichmäßigkeit dieser Rechtsprechung der 60er und 70er Jahre — eine Judikatur, die eine abweichende Meinung vertritt, liegt überhaupt

---

[3]) ROHG. Bd. 5 S. 291, Bd. 6 S. 191, Bd. 10 S. 194/95, Bd. 11 S. 12—16, Bd. 14 S. 188, Bd. 16 S. 118.

nicht vor — wurde die Frage für die Praxis erledigt. Weder das Reichsoberhandelsgericht noch das Reichsgericht hatten jemals wieder Gelegenheit, sich mit ihr zu befassen. Nur aus dem Jahre 1890 liegt noch eine Entscheidung, und zwar des Oberlandesgerichts Kolmar, vor, die sich jedoch in demselben Sinne äußert, wie folgt [4]):

„Der Einkaufskommissionär kann, wenn der Kommittent mit der Abnahme und Bezahlung des Kommissionsgutes im Verzuge ist, den Weiterverkauf desselben auf Rechnung des Kommittenten nur mit Bewilligung des zuständigen Handelsgerichts bewerkstelligen, es sei denn, daß er vorher dem Kommittenten gegenüber als Selbstkäufer eingetreten ist, in welchem Falle die Bestimmungen in Art. 343 und 354 HGB. Platz greifen".

§ 5.

Die neuere, abweichende Auffassung.

Durch dieses Ergebnis der Rechtsprechung wurde der Geltungsbereich des Art. 366 Abs. 2 sehr eng beschnitten, und es trat ein, was bei den Nürnberger Verhandlungen bereits geäußert war, [1]) daß nämlich diese Vorschrift, wenn sie überhaupt jemals praktisch wurde, nur eine ganz verschwindende Bedeutung hatte. Nur diesem Umstande,

---

[4]) Elsaß-Lothr. Z. 1891 S. 260 Ziff. 4, auch abgedr. in ZHR. 1896 Bd. 44 S. 243 zu Art. 375.

[1]) Prot. S. 749.

verbunden mit der Tatsache, daß in der ganzen Judikatur der Art. 366 Abs. 2 niemals ausdrücklich abgelehnt wurde, ist es zuzuschreiben, daß seit dem Anfang der 80er Jahre in den Kommentaren des Handelsgesetzbuchs die abweichende Auffassung sich einschleichen und zu fast allgemeiner Verbreitung gelangen konnte.

Den Anfang machte v. Hahn. Bereits in der 1. Auflage seines Kommentars gibt er die Bemerkung,[2]) daß der Kommissionär die Rechte aus Art. 366 Abs. 2 auch dann habe, wenn der Kommittent zwar eine Verfügung treffe, aber eine solche, welche der Kommissionär wegen eines entgegenstehenden eigenen Interesses, z. B. wegen seines Pfandrechtes, nicht zu befolgen brauche. Hierin liegt schon die Auffassung enthalten, daß auch der Annahmeverzug unter die fragliche Vorschrift falle; es wird wenigstens gerade der bedeutsamste Fall des Annahmeverzugs getroffen, nämlich der, daß der Kommittent die Anweisung trifft, ihm die Ware ohne gleichzeitige Bezahlung auszuliefern.

In der 2. Auflage folgte die Bemerkung,[3]) es sei gleichgültig, ob sich der Kommissionär aus dem Erlöse für seine Forderungen befriedigen wolle oder nicht.

Geradezu frappierend ist aber die Begründung, die v. Hahn in dieser 2. Auflage für seine ganze Auffassung gibt; er schreibt[4]):

---

[2]) § 3 zu Art. 366.

[3]) § 4 zu Art. 366 S. 460.

[4]) Note 7 zu § 4 zu Art. 366.

„Schon der preuß. Entwurf enthielt im Art. 281 Abs. 2 diese Bestimmung, ohne daß dieselbe jedoch in den Motiven, welche nur Quellenangaben für Abs. 1 enthalten, berücksichtigt wurde. In der 1. Lesung wurde die oben dargelegte Bedeutung derselben scharf betont (Prot. S. 749 ff.) ...“

Nach der oben im ausführlichen Zusammenhange wiedergegebenen Entstehungsgeschichte ist es unbegreiflich, wie v. Hahn zu einer solchen, derjenigen der Nürnberger Kommission diametral entgegenstehenden Meinung gelangen konnte; zur Erklärung bleibt nur die Möglichkeit eines Irrtums. Um so interessanter ist es, daß im Laufe der folgenden Jahrzehnte dieser v. Hahnsche Irrtum sich in der Literatur immer mehr verbreiten konnte. Zwar sind die Lehrbücher des Handelsrechts von dem Irrtum freigeblieben; sie behandeln sämtlich den Art. 366 Abs. 2 (§ 389) mit auffallender Kürze; selbst Grünhut[5]) gibt nur die Ausführungen der Nürnberger Protokolle wieder, ohne sie kritisch zu untersuchen; im übrigen wird durchweg nur die Auffassung vertreten, daß der Kommissionär bei Empfangnahmeverzug zum Verkauf nach Art. 343 (§ 373) nur im Falle des Selbsteintritts berechtigt sei;[6]) dabei wird aber an keiner Stelle untersucht, worin denn der Unterschied zwischen den Tatbeständen des Art. 343 und des Art. 366 Abs. 2 bestehe. Um so mehr haben sich

[5]) Recht des Kommissionshandels S. 224/25.

[6]) Grünhut, Kommissionshandel S. 496. Aus der großen Spezialliteratur über den Selbsteintritt sei nur erwähnt Lepa S. 183.

die Kommentare die v. Hahnsche Lehre zu eigen gemacht; hier sind folgende Auslassungen hervorzuheben.

Der Begriff der „Verfügung“ wird bei Lehmann-Ring[7]) und bei Makower[8]) dahin ausgelegt, daß der Kommissionär das Gut aus seinem Besitze los sein solle, bei Ritter[9]) dahin, daß der Kommissionär der ferneren Verwahrung enthoben werden solle; ein Vergleich mit dem Begriff „Verfügung“ des § 388 Abs. 2 findet nirgends statt. Makower[10]) und Staub[11]) betonen, daß ein Verschulden des Kommittenten bei der Unterlassung nicht vorzuliegen brauche. Darin, daß die Abnahmepflicht unter diese Vorschrift falle, scheinen sich alle einig zu sein. Den Annahmeverzug stellen außerdem unter den § 389 Makower,[12]) Lehmann-Ring,[13]) Goldmann[14]) und Puchelt;[15]) im gleichen Sinne äußert sich in einem Artikel in Holdheims Monatsschrift K. Adler.[16]) Die Bemerkung v. Hahns, daß der Kommittent nur solche Verfügungen treffen dürfe, die nicht den eigenen Interessen des Kommissionärs widersprächen, findet sich

---

7) Bd. 2 S. 225.

8) S. 1378.

9) S. 690.

10) S. 1378.

11) Anm. 1 zu § 389.

12) S. 1378.

13) Bd. 2 S. 225/26.

14) S. 1674/75.

15) Bd. 2 S. 363/64.

16) Holdheim Bd. 6 S. 171.

noch bei Makower[17]) und bei Ritter.[18]) Nur Düringer-Hachenburg[19]) stehen, leider ohne nähere Begründung und ohne irgendwelche polemische Bemerkung, unzweideutig auf dem Standpunkt, daß es sich lediglich um die Abnahmeverpflichtung handle.

Trotz dieser fast völligen Einmütigkeit der Kommentatoren blieb es bei der geringen praktischen Bedeutung des § 389 HGB. Es wurde niemals Veranlassung genommen, die v. Hahnschen Ideen in den Gerichtsgebrauch überzuführen; es wurde sogar niemals, selbst nicht durch v. Hahn oder seine Nachfolger, der Widerspruch zwischen der neuen Auffassung und der früheren Rechtsprechung beleuchtet. Dieser alte Gerichtsgebrauch, bei welchem Art. 366 Abs. 2 ja auch niemals ausdrücklich abgelehnt wurde, war so fest gewurzelt, daß offenbar niemand auch nur auf den Gedanken kam, an ihm zu rütteln; die neue Auffassung blieb unbeachtet. Sonst müßten Entscheidungen in großer Zahl vorliegen. Nur in neuester Zeit, im Jahre 1908, wurde § 389 HGB. einmal im Sinne v. Hahns angewendet; hier sprach sich das Oberlandesgericht Frankfurt[20]) dahin aus, daß § 389 HGB. dem Kommissionär nicht diejenigen Rechte nehme, die ihm nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch aus dem Annahmeverzug des Kommittenten erwüchsen, insbesondere

17) S. 1378.

18) S. 619.

19) Bd. 3 S. 385.

20) Im Recht 1908 2. Beil. Nr. 1875.

nicht das Recht zur Hinterlegung nach § 383 BGB. Das Ergebnis ist zu billigen. Aber die einzig richtige Begründung wäre gewesen, daß § 389 HGB. es überhaupt nicht mit Annahmeverzug zu tun habe; statt dessen wurde ausgeführt, daß im allgemeinen die Vorschriften des Handelsgesetzbuchs gegenüber denen des Bürgerlichen Gesetzbuchs der derogatorischen Kraft ermangelten und für § 389 kein Anlaß für eine Ausnahme vorliege; dabei ging das Frankfurter Gericht ausgesprochenermaßen von der Auffassung aus, daß § 389 HGB. vom Annahmeverzug des Kommittenten handle. Wieweit diese Entscheidung auf einer Beeinflussung durch v. Hahn beruht, mag dahingestellt bleiben. Jedenfalls kann aus ihr allein noch nicht gefolgert werden, daß der frühere Gerichtsgebrauch aufgegeben sei.

Also die Auffassung v. Hahns, die der inneren Begründung entbehrt und der es nicht gelungen ist, in der Praxis Geltung zu erlangen, ist nach wie vor als irrig zu betrachten.

§ 6.

Der Einwand aus § 373 HGB.

Es bleibt noch erforderlich, die Folgerungen zu widerlegen, die ein Vergleich mit der Entstehungsgeschichte des § 373 HGB. hervorrufen könnte. Denn dieser Paragraph zeigt in seiner Entstehung eine vollkommene Analogie zu § 389 HGB.; er hat dann aber durch Wissen-

schaft und Rechtsprechung eine ganz abweichende Entwicklung erfahren.

Art. 260 Abs. 2 des preuß. Entwurfs gewährte für den Fall, daß der Käufer mit der „Empfangnahme" in Verzug sei, dem Verkäufer das Recht des Selbsthilfeverkaufs. Den Begriff des Empfangnahmeverzuges verstand man damals ganz allgemein dahin, daß bei ihm der Kaufpreis schon bezahlt sein müsse und es sich deshalb nur darum handle, daß der Verkäufer die Ware tatsächlich los werde, mit andern Worten, auch hier meinte man nur die Abnahmepflicht. So fand folgende Formulierung des Abs. 2 Annahme:

> „Wenn der Käufer nach geschehener Zahlung des Kaufpreises mit der Empfangnahme der Ware säumig ist, so darf der Verkäufer die Ware gerichtlich niederlegen oder nach vorgängiger Androhung die Ware verkaufen".[1])

Die Redaktionskommission gab diesem Abs. 2 folgende Fassung[2]):

> „Ist der Käufer mit der Empfangnahme der Ware säumig, so kann der Verkäufer die Ware gerichtlich niederlegen oder nach vorgängiger Androhung ... verkaufen lassen".

Die Worte „nach geschehener Zahlung des Kaufpreises" wurden also von der Redaktionskommission ge-

---

[1]) Prot. S. 625, 631.

[2]) Art. 285 des Entw. 1. Lesung.

strichen; das läßt aber, da ja die Redaktionskommission zu sachlichen Änderungen nicht befugt war, keinen anderen Schluß zu, als daß die Redaktoren die Worte für überflüssig hielten.

In 2. Lesung wurde der Antrag gestellt, die Worte wieder einzufügen;[3] er wurde aber mit 13 gegen 3 Stimmen abgelehnt. Da die Protokolle einen sachlichen Grund für diese Ablehnung nicht bringen, ist es ausgeschlossen, daß die Ablehnung auf einer Sinnesänderung beruhte; vielmehr wird auch das Plenum sich der Auffassung der Redaktoren angeschlossen haben, daß die Worte überflüssig seien.

Nach dem Willen der Verfasser bestand also zwischen diesem späteren Art. 343 Abs. 2 und dem Art. 366 Abs. 2 eine völlige Parallele. Dies wurde bei den Beratungen zu dem letzteren Artikel auch ausdrücklich betont.[4]

Zum Art. 343 schlugen Wissenschaft und Rechtsprechung jedoch ganz andere Wege ein. Zunächst lehnte man die Meinung der Nürnberger Kommission, daß der Kaufpreis schon bezahlt sein müsse, mit der meines Erachtens auch zutreffenden Begründung ab, daß diese Meinung im Gesetzestext keinen Ausdruck gefunden habe. Dies bot aber weiter den Anlaß dazu, den Empfangnahmeverzug, der ein Abnahmeverzug sein sollte, in einen Annahmeverzug umzugestalten. Auch hier ging v. Hahn,

---

[3]) Prot. S. 1375.

[4]) Ebenda S. 750, in dieser Arbeit S. 10.

und zwar schon in seiner 1. Auflage voran, indem er erklärte, daß Empfangverzug auch dann vorliege, wenn der Käufer zwar die Ware annehmen wolle, aber nicht gleichzeitig den Kaufpreis zahle.[5]) Im Gegensatz zu der Entwicklung der Dinge bei Art. 366 Abs. 2 HGB. hatte er hier Erfolg; die Praxis schloß sich ihm von vornherein an.[6])

Die Novelle von 1897 brachte nur die gesetzliche Bestätigung der vollendeten Entwicklung; statt „Empfangnahme" wurde „Annahme" gesagt, und es wurde der Verzugsbegriff dieses Artikels mit dem Annahmeverzugsbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuchs identifiziert. So ist es heute unbestreitbar Rechtens, daß schon die fehlende Billigung, falls unberechtigt, den Verkäufer zum Selbsthilfeverkauf berechtigt, und ebenso, daß § 373 HGB. auch zur Befriedigung des Verkäufers dienen kann.

Diese eigenartige Entwicklung des § 373 HGB. verbietet es, aus seiner jetzigen Bedeutung Schlüsse auf die Bedeutung des § 389 HGB. zu ziehen. Seinen äußeren Ausdruck findet der Unterschied in der verschiedenen Fassung. § 373 HGB. spricht von „Annahmeverzug", § 389 HGB. davon, daß der „Kommittent über das Gut zu verfügen unterläßt, obwohl er dazu nach Lage der Sache verpflichtet ist".

---

[5]) Anm. 6 zu Art. 343.

[6]) ROHG. Bd. 7 S. 356 ff.

§ 7.

Zusammenfassung des Ergebnisses.

Auf diesen Untersuchungen und Erwägungen beruht meine in Folgendem präzisierte Auffassung vom Tatbestande des § 389 HGB.

1. Der Begriff „Verfügung" ist hier in erster Linie gleichbedeutend mit „Abnahme". In den Fällen jedoch, in denen nach Handelsüblichkeit der Kommissionär eine der Abnahme vorhergehende besondere Anweisung des Kommittenten über die Art und Weise der Abnahme, insbesondere der Zusendung, oder über den Ort der Abnahme erwarten darf, sollen die Rechtsfolgen des § 389 HGB. schon mit dem Ausbleiben dieser Anweisung eintreten; in allen diesen im Handelsverkehr die überwiegende Mehrheit bildenden Fällen bedeutet das Wort „Verfügung" eine solche die Abnahme vorbereitende Anweisung.

2. Ein Verschulden des Kommittenten bei der Unterlassung der Abnahme oder der Anweisung ist nicht erforderlich; es braucht also kein Verzug vorzuliegen. Die scheinbare Härte wird dadurch erheblich gemildert, daß dem Verkauf nach § 373 Abs. 2 HGB. in der Regel die Androhung und die Benachrichtigung von Zeit und Ort vorhergehen müssen, die so frühzeitig zu erfolgen haben, daß dem Kommittenten noch ein Eingreifen möglich ist.

3. Es genügt für den Kommittenten jede Anweisung, durch die er die Erfüllung seiner Abnahmepflicht vor-

bereitet; sie ist nicht etwa um deswillen unwirksam, weil der Kommissionär wegen eines entgegenstehenden eigenen Interesses ihr nicht nachzukommen verpflichtet ist, z. B. wegen eines Pfandrechtes oder eines Zurückbehaltungsrechtes; in einem solchen Falle muß der Kommissionär die Vorschriften über die Realisierung des Pfand- oder Zurückbehaltungsrechtes beobachten.

4. Andererseits muß die Anweisung des Kommittenten sachlich ausführbar sein.

5. Die Erteilung einer die Abnahme vorbereitenden Anweisung braucht nicht eine einklagbare Verpflichtung des Kommittenten zu sein; es genügt, wenn der Kommissionär nach Handelsüblichkeit die besondere Anweisung erwarten darf. Soweit die Klagbarkeit gegeben ist, ist die Verpflichtung zur Anweisung aus der Abnahmepflicht abzuleiten; sie stellt sich deshalb als eine Nebenverpflichtung der letzteren dar. Die Erteilung der Anweisung ist demgemäß auch wie die Abnahme selbst eine Schuldnerleistung, nicht eine Gläubigerhandlung.

6. Der Begriff des Annahmeverzugs ist für § 389 HGB. unverwertbar; insbesondere fällt unter den Paragraphen nicht der Fall, daß der Kommittent nur die Vertragsgemäßheit unberechtigterweise bestreitet oder nur die Gegenleistung verweigert, im übrigen aber zur Entgegennahme des Gutes bereit ist.

7. Dies schließt jedoch nicht aus, daß im konkreten Fall sowohl Säumnis in der Verfügung im Sinne von § 389 HGB. als auch Annahmeverzug vorliegt. Der

Annahmeverzug wird häufig gegeben sein. Man kann sagen, daß fast jeder Fall der Säumnis in der Verfügung auch den Annahmeverzug enthalten wird, daß es aber nicht zulässig ist, vom Vorliegen des Annahmeverzugs auf das Vorhandensein der Säumnis in der Verfügung zu schließen. In den Fällen solcher Konkurrenz stehen dem Kommissionär nach seiner Wahl die Rechte aus beiden Tatbeständen zu.

8. In § 388 Abs. 2 HGB. hat das Wort „Verfügung" einen andern Sinn. Er bezeichnet dort zwar auch eine rein tatsächliche Anweisung, aber während im § 389 HGB. durch sie die Obhutspflicht des Kommissionärs endgültig beendigt werden soll, bedeutet sie in § 388 HGB. eine Anordnung über die Art der Fortsetzung dieser Obhut.

9. Gleichgültig ist es, ob der Kommissionär Gegenforderungen hat oder nicht; der Kommittent kann also nicht schon wegen der bloßen Existenz solcher Gegenforderungen den Kommissionär auf den Weg des Pfandverkaufs verweisen. Es ist deshalb die Möglichkeit einer Umgehung der beim Pfandverkauf nötigen Respektfrist von einem Monat bezw. einer Woche (§ 1234 BGB.; § 368 HGB.) gegeben, da der Kommissionär, wenn er nach §§ 389, 373 HGB. für Rechnung des Kommittenten veräußert, aus dem Erlös in erster Linie sich selbst befriedigt.

10. Die Vorschrift ist ausschließlich im Interesse des Kommissionärs gegeben, während § 388 Abs. 2 HGB.

ausschließlich das Interesse des Kommittenten im Auge hat. Doch ist es nicht erforderlich, daß der Kommissionär, wenn er einmal von der Befugnis Gebrauch macht, dies nur im eigenen Interesse tut, wie es ja überhaupt immer gleichgültig ist, aus welchen Motiven heraus jemand ein ihm zustehendes Recht ausübt. Eine Grenze bildet auch hier nur der Schikaneparagraph.

11. De lege ferenda scheint mir nach allem der Vorschlag der Minderheit der Nürnberger Kommission, den Abs. 2 von Art. 366 ganz zu streichen, richtig gewesen zu sein. Das Anwendungsgebiet ist außerordentlich klein, und soweit die Anwendungsmöglichkeit gegeben ist, stehen zum Ersatz anderweitige Rechtsbehelfe zur Genüge zur Verfügung. Denn soweit der Kommissionär noch Forderungen hat, hat er die Möglichkeit, das Gut im Wege des Pfandverkaufs los zu werden, und der in der Praxis wohl überaus seltene Fall, daß die Abnahme nicht erfolgt, obwohl der Kommissionär vollbefriedigt ist, kann durch eine einstweilige Verfügung oder eine Geschäftsführung ohne Auftrag bezw. durch die meist konkurrierenden Vorschriften über Annahmeverzug zur Zufriedenheit erledigt werden.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.